مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، ص1- ص 40 يونيو 2010
ISSN 1726-6807, http://www.iugaza.edu.ps/ara/research/

تخصيص العموم بالعرف، وأثره في الفروع الفقهية

د. ماهر حامد الحولي

الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله

عميد كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية – غزة – فلسطين

ملخص: بينت هذه الدراسة تخصيص العموم بالعرف وأثره في الفروع الفقهية، حقيقة التخصيص والعموم والعرف وأقوال العلماء في تخصيص العموم بالعرف منتهية إلى جواز تخصيص العام بالعرف مع بيان أثر ذلك في: العبادات والمعاملات والجنايات، مظهرة أن العرف كان وما زال وسيظل باباً واسعاً لنمو التشريع وتطوره؛ لأنه يتفق مع ملابسات الناس ومقتضيات الزمان وملاحقة التطور البشري يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم ويرشدهم إلى مقاصد الناس وتصرفاتهم.

Abstract: This study demonstrated how to allocation of the commons in the custom, and its impact on the jurisprudence branches. The fact of customization, also the fact of commons , custom and the views of scholars in the allocation of commons in the custom.

The study concluded with the statement that may be allocated by the commons in the custom, with an indication of the impact in worship , transactions , personal status and crimes.

It had shown that the custom was in previous , still and will it always the wide door for growth and development of legislation, therefore it is consistent with the circumstances of the people also, to the requirements of time , and keep pace with human development ,where it provides scholars and muftis of appropriate provisions of their time, to leads them to the purposes of the people and their actions.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام: على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين سيدنا محمد الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن العرف دليل من أهم أدلة الأحكام هو الأصل المتجدد المتطورة الذي يفي بكثير من الأحكام الفقهية ويحقق مصلحة الناس عامتهم وخاصتهم؛ لأنه أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويسر وهو الأصل الذي تدعو الحاجة إليه؛ لأن حاجة الناس إلى العرف فطرة قديمة أحس بها الإنسان منذ أيامه الأولى.

وقد ورد في الكثير من النصوص ما يكشف بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة لأحكام الشريعة ومنزلته من المصادر الأصلية والتبعية؛ لأن الحكم الشرعي يتأثر كثيراً بالظروف والأوضاع الاجتماعية التي ترافقه.

أولاً: طبيعة الموضوع

هي عبارة عن دراسة أصولية لموضوع تخصيص العموم بالعرف وبيان أثر ذلك على الفروع الفقهية في باب العبادات والمعاملات والجنايات في بعض صورها؛ لتظهر أن التشريع الإسلامي تشريع مستغن بذاته، يستطيع أن يتعاطى مع كل الظروف والأحوال مع إظهار القيمة التشريعية للعرف كمصدر من مصادر التشريع الاسلامي.

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تكمن أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

1- إن العرف أصل عظيم من أصول الفقه.
2- إن الوقائع بين الناس غير متناهية والنصوص والأفعال والإقرارات متناهية ومن هنا تظهر أهمية العرف في بيان أحكام الفروع الفقهية.
3- لا ريب أن معظم النصوص التشريعية العامة قد خصصت، دل على ذلك الاستقراء مما نتج عن ذلك قول العلماء:(ما من عام إلا وقد خصص).
4- إن موضوع العرف يدخل في كثير من أبواب أصول الفقه فيمكن الوقوف على كثير من مسائل هذا العلم من خلاله.

خطة البحث

وقد اشتملت على مقدمة فثلاثة مباحث :-

المبحث الأول: حقيقة التخصيص والعموم والعرف

واشتمل على ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول: مفهوم التخصيص وطبيعته عند الأصوليين.

المطلب الثاني: حقيقة العموم.

المطلب الثالث: حقيقة العرف.

المبحث الثاني: تخصيص العموم بالعرف

واشتمل على ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: القائلون بجواز التخصيص بالعرف وأدلتهم.

المطلب الثاني: المانعون للتخصيص بالعرف وأدلتهم.
المطلب الثالث: الموازنة والترجيح.

المبحث الثالث: أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية
واشتمل على ثلاثة مطالب :-
المطلب الأول:أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات.
المطلب الثاني : أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات.
المطلب الثالث : أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات.
الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

حقيقة التخصيص والعموم والعرف

المطلب الأول

مفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء الأصول

أولاً: التخصيص لغة واصطلاحاً:-

1- التخصيص لُغَةَ:

الإفراد ومنه الخَاصَّة. وهو مصدر (خصص) بمعنى: خص، والتضعيف فيه بمعنى: أصل الفعل دون الدلالة على التكثير الذي تفيده هذه الصيغة غالباً(1).

2- أما التخصيص اصطلاحاً:

هنالك اختلاف بين الجمهور والحنفية في تحديد مفهوم التخصيص ويرجع اختلافهم في ذلك إلى اختلافهم في دلالة العام على كل ما يشمله اللفظ: أهي قطعية؟ أم ظنية؟.

وهذا يقتضينا البحث في مفهوم التخصيص عند كل فريق:

ثانياً:- مفهوم التخصيص عند الجمهور:

عرف جمهور الأصوليين (المتكلمين) التخصيص بتعريفات كثيرة:

قال ابن السمعاني: تمييز بعض الجملة بالحكم(2)، أي: إخراجه كإخراج المعاهدين(3) من قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾(4).

وقال ابن الحاجب: "قصر العام على بعض مسمياته"(5) ورد بأن لفظ القصر يحتمل القصر في: التناول أو الدلالة أو الحمل أو الاستعمال. وذكر ابن الحاجب: أن التخصيص يطلق على قصر

اللفظ على بعض مسمياته، وإن لم يكن عاماً، كما يطلق العام على اللفظ بمجرد تعدد مسمياته: كالعشرة، والمسلمين، وضمائر الجمع.

وقد عُرف أيضاً بأنه "قصر العام على بعض أفراده بأن لا يراد البعض الآخر بالحكم" وذلك؛ لأن القصر على بعض الأفراد لابد من أن يكون باعتماد على دليل يدل على التخصيص(6).

وتخصيص العام بيان ما لم يرد بلفظ العام، فلا يقوم عندهم على أساس المعارضة بين العام والخاص؛ لأن الظني لا يعارض القطعي؛ وعلى هذا، فالتخصيص في جوهره ليس إلا بياناً أو تفسيراً للعام الذي يستوي فيه احتمالان: احتمال إرادة العموم واحتمال إرادة الخصوص.

والبيان يرجح مُراد الشارع من هذين الاحتمالين.

حتى إذا ورد الخاص، رجح احتمال الخصوص الذي كان قائماً.

ومختصر القول: إن التخصيص عند الجمهور يعني صرف اللفظ عن عمومه وإرادة بعض ما يتناوله بدليل من الأدلة، أو هو قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل قطعي، دون النظر إلى نوعية الدليل من حيث كونه قطعياً أو ظنياً، مستقلاً أم غير مستقل، مقارناً في الزمن أم غير مقارن.

ثالثاً- مفهوم التخصيص عند الحنفية.

عرَف صاحب كشف الأسرار التخصيص بأَنَّهُ "قَصرُ العَامِّ على بعض أَفراده بدليلٍ مستقلٍ مقترن" حيث قال في بيان قيود هذا التعريف: "واحترزنا بقولنا مستقل عن الصِّفَةِ والاستثناء ونحوهما إذ لا بُدَّ عندنا للتخصيص من معنى المعارضة وليس في الصِّفَةِ ذلك ولا في الاستِثْناءِ، وبقولنا: مُقتَرِنٌ عن الناسخ فإِنَّهُ إذا تراخى دليلُ التخصيصِ؛ يكون نسخاً لا تخصيصاً"(7).

وعلى ذلك رأي الحنفية أَنَّ التخصيص نوع من البيان تضمن معنى المعارضة، و أَنَّه ليس بياناً محضاً، ولكونه بياناً، فلأَنَّه بيان إرادة الشارع من أول الأمر. وقد قال الغزالي فيما نصه: "فإِنَّ تسمية الأدلة مخصصة تجوز فقد بينا أن تخصيص العام محال لكن الدليل يعرف إرادة المتكلم و أَنَّه أراد باللفظ الموضوع للعموم معنى خاصاً، والتخصيص على التحقيق بيان خروج الصيغة عن وضعها من العموم إلى الخصوص"(8).

وأما أَنَّه يتضمن معنى المعارضة، إذ يقررون أَنَّ العام قطعي في دلالته كالخاص.

ومن ذلك الكلام تفرّعت عن طبيعة التخصيص عند الحنفية، أشراط في الدليل المخصص، وهي:

1. أن الدليل الخاص لكي يثبت أَنَّه مخصص للعام يجب أن يقترن به في الزمن، وإِنَّهُ إن تراخى عُدَّ ناسخاً لا مخصصاً.
2. أن أساس التخصيص التعارض بين نصين، بمعنى أن يكون الخاص مساوياً للعام من حيث

القطعية أو الظنية في قوة الدلالة.

3. أن يكون ذلك الدليل مستقلاً، وبذلك تكون الأدلة غير المستقلة وهي المتصلة لا يتم التخصيص بها[9].

وعلى ذلك، فالتخصيص عند الحنفية، هو قصر العام المطلق على بعض أفراده بدليل مستقل مقارن مساوٍ له من حيث القطعية والظنية أو قوة الدلالة.

وفكرة التخصيص في تعريف الحنفية والجمهور واحدة من حيث المبدأ،إلاَ أَنَّ في تعريف الحنفية تقييداً نعود إليه عند المقارنة بين المنهجين في التعريف.

ولنضرب لذلك مثالاً توضيحاً لكلٍ من المنهجين:

قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾[10] قد فرض الله سبحانه العدة على كل مطلقة لشمول اللفظ بدخول (ال) على الجميع وهي من صيغ العموم، وهذا اللفظ العام يوجب بظاهره على كل مطلقة أن تعتد بثلاثة قروء، سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم بعده، وسواء أكانت حاملاً أم غير حامل، صغيرة أم كبيرة.

ثم جاءت آية: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[11] فيها قصر العام وهو(المطلقات) على بعض أفراده وهن (المطلقات بعد الدخول)، وبذلك أخرجت المطلقات قبل الدخول من عموم المطلقات فهذا تخصيص.

ثم جاءت آية: ﴿وَاللائِّي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[12] فجعلت عدة منقطعة الحيض والصغيرة التي لم تبلغ ثلاثة أشهر، وعدة الحامل وضع الحمل، وقصرت عموم المطلقات في آية: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ...﴾ على دون المذكورات.

رابعاً- الاختلاف بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص.

عند المقارنة بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص نجد أَنَّهما يتفقان في أَنَّ التخصيص قصر العام على بعض أفراده بدليل، غير أَنَّهما يختلفان في شروط ذلك الدليل الذي يتم به التخصيص.

الحنفية جوهر التخصيص _عندهم_ بيان يتضمن معنى المعارضة.

وقد اشترطوا في المخصص الاستقلال في المعنى، كونه بياناً، إذ لا يُتَصَوَّر أن يكون المُبيِّن غير مفهوم في ذاته، وبذلك الشرط فإنَّ الأدلة غير المستقلة _وهي المتصلة_ لا يتم بها التخصيص عندهم.

واشترطوا أيضاً أن يكون مقارناً للعام من حيث زمن تشريعه، وإلا كان ناسخاً(13).

وبالنظر إلى تضمنه لمعنى المعارضة، اشترطوا أن يكون مساوياً للعام، من حيث قوة الدلالة، قطعية وظنّية. إذ لا يعارض الظنّي القطعي إجماعاً(14).

أما الجمهور _كما هو واضح من تعريفهم للتخصيص_ فلا يشترطون في المخصص ما اشترطه الحنفية؛ لأن تلك الشروط منبثقة عن مفهوم التخصيص وطبيعته، فالتخصيص يتم عندهم في الجملة بأي دليل من الأدلة مطلقاً(15)؛ ذلك لأَنَّ التخصيص عندهم بيان تفسير محض، لا يقوم على أساس المعارضة.

ولم يشترطوا في ذلك شرطاً(16)، إلا إذا تأخر الدليل المستقل في وروده عن العمل بالعام فإن تأخر كان ناسخاً لا تخصيصاً؛ لأنَّ التخصيص _كما هو واضح في الفرق بين التخصيص والنسخ_ هو قصر العام على بعض أفراده ابتداءً، فإذا عمل بالعام فترة من الزمن ثم جاء الدليل الخاص بعد ذلك كان الإخراج الذي يتم بموجب النص الخاص في مثل تلك الحال نسخاً جزئياً لا تخصيصاً(17).

ومن هنا، كان التخصيص عند الجمهور قصراً للعام بالدليل مطلقاً؛ لأنه بيان محض.

وعند الحنفية هو قصر العام بدليل مستقل مقارن مساوٍ للعام في قوة الدلالة(18).

وبذلك تكون المقارنة لاختلاف الفريقين في تحديد مفهوم التخصيص.

فعند الحنفية بالأشراط كما سبق، فكان أضيق وأخص من مفهومه عند الجمهور؛ الذين لا يعرفون تلك التفرقة، ولا تلك الأشراط؛ فكان أوسع وأعم عندهم.

خامساً- سبب الاختلاف بين المنهجين.

إنَّ أساس التخصيص عند الفريقين هو سبب الاختلاف في تحديد مفهوم التخصيص كما سبق؛ فالتخصيص عند الحنفية: يقوم على أساس المعارضة، بالإضافة إلى كونه بياناً، ومنشأ المعارضة أَنَّهم يرون دلالة العام قطعية، وهو تساوي العام والخاص في قوة الدلالة؛ إذا ورد الخاص على العام، وهنا تكون علاقة تعارض في القدر الذي يشتركان فيه؛ لأَنَّهما متكافآن من حيث القوة، والعارض لا يكون إلا إذا كان المخصص مستقلاً مفيداً بنفسه.

وأما إذا كان كلاماً غير مستقل: كالاستثناء والصفة والشرط والغاية، فإنَّه لا يفيد بنفسه إلا بمقارنته لما سبق من الكلام فلا يقع التعارض بينه وبين العام.

أما الجمهور: لما كان التفاوت بين العام والخاص من حيث قوة الدلالة قائماً، فلا تتصور المعارضة أساساً للتخصيص في منهجهم، فهم يقدمون الخاص، وهو الأقوى، ويعملون به فيما دل عليه، ويعملون بالعام فيما وراء ذلك، ولا يحكمون بالتعارض بينهما؛ لأنَّ العام ظنّي في دلالته

عندهم، فالقطعي وهو الخاص هو الذي يقضي على العام، ويفسَّر به، ويكون العام مراداً به الخاص في القدر الذي اختلفا فيه، والعام محتاج إلى مثل ذلك التفسير بحكم ظنيّته، ومادامت العلاقة بينهما علاقة تفسير، فإنَّ التخصيص عند الجمهور يتم بأي دليل مطلقاً سواء أكان قطعياً أم ظنياً مستقلاً أم غير مستقل، وكان قصراً(19).

لم يشترط الجمهور في الدليل المخصص المقارنة؛ لأنَّ الدليل المخصص عندهم مفسر والتفسير يمكن أن يكون مقارناً أو متراخياً(20).

وهناك حالة واحدة عند الجمهور؛ وهي ما إذا جاء الدليل المخصص بعد العمل بالعام فترة من الزمن فإنَّ ذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً.

وأما الحنفية _وهم يحكمون بالتعارض_ فقد اشترطوا في الدليل المستقل الذي رضوه للتخصيص أن يكون مقترناً بالعام موصولاً به، دون تراخٍ في الزمن.

ولما كان العام قطعياً عندهم كالخاص؛ فإنَّ دور الخاص وعمله أن يغير دلالته بالتخصيص من القطعية إلى الظنيّة، لذلك كان التخصيص عندهم بيان تغيير، وبيان التغيير لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة إليه(21).

سادساً- أثر الخلاف في هذه المسألة.

قد ترتب على ذلك الاختلاف أثر عملي كبير يتمثل في أن دائرة التخصيص عند الجمهور أوسع منها عند الحنفية؛ لأنَّ الجمهور في ضوء ما سبق من تعريف للتخصيص عندهم _وهم القائلون بظنيّة دلالة العام_ لا يحكمون بالتعارض بين العام والخاص؛ لعدم تساويهما من حيث قوة الدلالة، فالأول ظنّي الدلالة، والثاني قطعيها، ولا يستوي ظنّي وقطعي، فلا يقوى الظنّي على الوقوف أمام القطعي ومعارضته، فيقدَّم القطعي – وهو الخاص- مطلقاً عندهم، سواء أكان الخاص متأخراً عن العام، أم متقدماً في تاريخ تشريعه، أم جهل التاريخ، ويخصصون بالدليل المستقل بنفسه، قائماً بذاته، مفيداً لمعناه، أم كان غير مستقل، بأن كان جزءاً من كلام سابق: كالاستثناء والصفة، والغاية والشرط.

والحنفية يقتصرون في التخصيص على المستقل وحده، فقد حكموا بالتعارض بينهما لاستوائهما في قوة الدلالة عندهم، فكلاهما قطعي(22).

كما أن الحنفية يشترطون المقارنة في الدليل المستقل وعدم التراخي عنه، وأما الجمهور لا يشترطون ذلك وإنَّما يشترطون فقط:ورود الخاص قبل العمل بالعام سواء أكان موصولاً به أم غير موصول.

وعلى هذا، يقدم الخاص على العام بإطلاق، كما ذهب إلى ذلك الجمهور، فالخاص متعين العمل به مطلقاً، فيجب تقديمه، وتفسير العام على أساسه.

وبذلك تكون الأدلة المستقلة غير المتصلة عند الفريقين متفقاً على العمل بها، وإن اختلفت شروطهم في ذلك، أما الأدلة غير المستقلة المتصلة عند الجمهور مخصصة، بخلاف الحنفية فليست بمخصصة، وإنما مقيدة فقط؛ لعدم استقلالها في إعطاء المعنى؛ وتعلقها بما سبقها من كلام.

المطلب الثاني

حقيقة العموم

أولاً- تَعرِيفُ العَامِّ لُغَةً:

من عَمَّ وهو بمعنى: الشمول، شيء عميم أي: تام؛ عَمَّهُم الخَبَرُ إذا شَمَلَهُم وأَحَاطَ بهم، ومنه قول العرب: عمَّهم بالعطية أي شملهم، و تقول عَمَّهُم الصلاح والعدل: أي: شَمَلَهُم، ويقال: خِصْبٌ عَامٌّ وَمَطَرٌ عَامّ إذا شمل البلدان والأعيان(23).

ومنه سمّيت النخلة الطويلة عميمة، والقرابة إذا اتسعت انتهت إلى العمومة، فكل لفظ ينتظم جمعاً من الأسماء سمّي عاماً لمعنى الشمول، وذلك نحو اسم الشيء فإنه يعمّ الموجودات كلها.

ثانياً- الفَرقُ بَينَ العُمُومِ وَالعَامِّ:

العَامُّ هو اللَّفظُ المُتَنَاوِلُ، في حين َالعُمُومُ: تَنَاوُلُ اللَّفظِ لِمَا صَلُحَ لَهُ، فَالعُمُومُ مَصدَرٌ، وَالعَامُّ: اسمُ الفاعل مُشتَقٌّ من هذا المَصدَرِ، وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ، لأَنَّ المصدرَ الفِعلُ، وَالْفِعلُ غير الفاعل وفَرَّقَ القَرَافِيُّ بين الأَعَمِّ والعَامِّ، بِأَنَّ الأَعَمَّ إِنَّما يُستَعمَلُ في المعنى، والعَامُّ في اللَّفظِ، فإذا قيل: هذا أَعَمُّ تَبَادرَ الذِّهنُ للمعنى، وإذا قيل: هذا عَامٌّ تَبَادرَ الذِّهنُ للَّفظ(24).

والأَمرُ الوارد في التعريف اللغوي أَعَمُّ من أن يكون لفظاً أو مَعنَى.

وعلى هذا، فالعُمُومُ أو الشمُولُ في اللغةِ، يتصف به اللَّفظُ والمعنى على السواءِ.

ثالثاً- أما تَعرِيفُ العَامِّ اصطِلاحاً فللعلماءِ عبارات متعددة لعل أشهرها ما يلي:

1- كلام مستغرق لجميع ما يصلح له(25).

واعترض عليه بما يلي:

أ- إن المشترك لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له، ومع ذلك فهو ليس من العام.

ب- إن(عشرة) و (ألف) لفظان مستغرقان لجميع ما يصلح لهما؛ وليسا من العام(26).

2- وقد عرّفه الجويني في التلخيص بقوله: " العَامُّ هو القَولُ المُشتَمِلُ على شَيئَينِ، فَصَاعِدًا "(27).

واعترض عليه بما يلي:

أ- إن المعدوم والمستحيل لفظان عامان ولا يدخلان في التعريف؛ لأنهما لا يدلان على شيء.

ب- إن الصلة وموصولها من ألفاظ العموم، وليسا لفظاً واحداً.

ج- إن المثنى يدخل في التعريف وليس من العام؛ وكذلك كل جمع لمعهود[28].

3- العَامُّ هُوَ مَا دل على مسميات باعتبار أمر اشتركت فيه مطلقاً ضربة[29].

واعترض عليه بما يلي:

أ- عدم دخول العام المضاف إلى ما يخصصه مثل قولنا: طلاب الجامعة، لعدم إطلاقها؛ مع أنه عام قصد به الاستغراق[30].

ب- إن الجمع المنكر المثبت يدخل في التعريف وهو ليس من العام[31].

ج - إن قوله: ((باعتبار أمر اشتركت فيه)) أورد لإخراج اسم العدد كعشرة، وهو قد خرج بقوله: مسميات، فيكون هذا اللفظ زائداً لا قيمة له[32].

والمراد من ذكر هذه التعريفات تصور حقيقة العام اصطلاحاً: وما ذكرته من تعريفات واعتراضات يحصل تصور هذا العام.

4- اللَّفظُ المُستَغرِقُ لِجَمِيعِ ما يَصلُحُ لَهُ، بِحَسب وَضعٍ وَاحِدٍ، دَفعةً وَاحِدةً، بلاِ حَصرٍ[33].

شرح التعريفِ.

(اللَّفظُ) قيد أخرج الأفعال، وهو جنس يشمل كل لفظ فيدخل فيه المهمل والمستعمل.

وقيد (الاستغراق) أخرج به النكرة في الإثبات مفردة أو مثناة أو مجموعة أو اسم عدد، لا من حيث الآحاد، فإِنَّها تتناول ما تصلح له على سبيلِ البدلِ لا الاستغراق.

وأخرج أيضاً المطلق فإِنَّهُ لا يدل على شيء من الأفراد فضلاً عن استغراقها، ولأَنَّهُ فرد شائع في جنسه، فيدل على العموم، ولكنه على سبيل البدل لا الاستغراق، كقول القائل: "أنفق ديناراً" فإِنَّه يصدق على إنفاقك أيَّ دينار من عموم الدنانير، ولا يتعلق الحكم فيه بكل دينار على سبيل الشمول والاستغراق كما هو الحال في العام.

ولذلك عبر الأصوليون عن المطلقِ بِالعام، وذلك من جهة أنَّ المطلق عمومه عموم بدلي.

أمَّا العام الذي نتكلم عليه فعمومه شمولي، ولهذا احترز عن العموم البدلي الذي هو المطلق، بقوله في التعريف: (دَفعةً وَاحِدةً) فمعنى قوله: (دفعة) يعني: مرة واحدة.

أما العموم البدلي الذي هو المطلق فليس دفعة واحدة ولكن دفع هذا أو ذاك.

إذا قلت: أنفق كل دينار معك، وقال آخر: أنفق ديناراً، تلحظ أنَّ قوله: أنفق كلَّ دينار لفظة (كلَّ) هذه من ألفاظ العموم، وهي تفيد إنفاق الجميع بهذه الكلمة (دَفعة)، فاللفظ تناول جميع الدنانير، أما

لو قلت: أنفق ديناراً. فإنَّه لا يتناولها دفعة واحدة إنما يتناول: الأول أو الثاني أو الثالث، وذلك أنَّ هذا اللفظ لم نستفد منه دخول الأفراد فيه دَفعة واحدة، وإنما دخلت الأفراد على سبيل البدل.

وقوله: "ما يَصلُحُ له" قَيدٌ لِبَيَانِ الوَاقِعِ، وأراد الاحتراز عن تناول ما لا يصلح له، فإِنَّ اللَّفظَ لا يَستَغرِقُ إلاَّ ما يَصلُحُ له دون غيره، وأنَّ العموم شمول اللفظ لما صدق عليه من المعاني كالعقلاء.

وقوله: " بِحَسب وَضعِ وَاحِدٍ" قيد احترز به عمَّا يتناوله بوضعين فصاعداً كالمشترك وهو الذي وضع لمعنيين أو أكثر.

وقوله: (بلاِ حَصرٍ) قيد احترز به عن أسماء العدد كمئة وألف، فإنها عمّت شَيئَينِ فَصَاعِدًا لكن مع الحصر، فهي ليست من ألفاظ العموم؛ لأن العام يستغرق جميع أفراده دفعة واحدة دون حصر في عدد معين(34).

وقد أَخذ جمهورٌ من الأُصُولِيِّينَ في حَدِّ العَامِّ هذا المعنى الأخير.

وهو اللفظ الذي يدل بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه على جميع الأفراد التي يصدق عليها معناه من غير حصر.

كقول النبي ﷺ : " المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى ها هنا ويشير إلى صدره..." 35).

فلفظ المسلم يعم كل من يشهد الشهادتين، ولفظ يظلمه يشمل جميع أنواع الظلم.

وهذا التعريف كسائر التعريفات المشهورة عند الأصوليين؛ يجري فيها خلاف وأقوال ربما تتباين أو تختلف، لكن هذا مما قيل في تعريف العام.

وهذا هو التعريف المختار، وهو تعريف جامع مانع لما يلي:

1- سلم من الاعتراضات.

2- جمع جميع أفراد المعرف، ومنع من دخول غير أفراده فيه.

بينما بقيت التعاريف الأخرى والمتتبع لها يجد أنها لم تخلُ من اعتراضات عليها كما ذكرنا.

المطلب الثالث

حقيقة العرف

أولاً- العرف لغة واصطلاحاً:-

1- العرف لغةً: من عرف عَرَفَهُ يعرِفه بالكسر مَعْرِفةً وعِرْفاناً بالكسر، ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن، الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول(36).

وتطلق كلمة العرف على معان عديدة منها: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ومن ذلك (عرف الديك والفَرَس والدابة) وهو مَنْبتُ الشعر والريش من العُنق، سمي بذلك؛ لتتابع الشعر فيه(37)، وهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً﴾(38).

ومنها: السكون والاطمئنان تقول: عرف فلان فلاناً؛ أي: ألفه وسكن إليه واطمأن(39).

ومنها: الظهور والوضوح كقولهم: "عرف الرمل والجبل" يعنون به ظهوره وأعاليه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾(40) والأعراف السور المضروب بين الجنة والنار، ومنه قولهم أيضاً: (أعرورف البحر)" إذا ارتفعت أمواجه(41). وهذا المعنى يستخدم في المحسوسات.

أما في المعاني تستخدم في الجود والكرم؛ لظهور صاحبه فيه، ومنه قول الشاعر:

ومن يفعل الخير لا يعدم جوازيه لا يذهب "العرف" بين الله والناس

والعرف: من المَعْرُوف ضدّ المنّكر، والعُرْفُ ضدّ النّكر وهو كلُّ ما تَعْرِفه النّفس من الخير وتَطمئنُّ إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد، وهو بمعنى: الجود. وقيل: هو كل ما تبذله وتسديه(42).

2- العرف في اصطلاح الأصوليين:

1- عرفه الجرجاني: هو ما استقرّت النّفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطّبائع السليمة بالقبول(43).

2- العرف هو: "ما يغلب على الناس، من: قول، أو فعل، أو ترك"(44).

التعريف المختار:

3- عرفه الزرقاء: بأنه "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"(45).

هذا الذي يقرب إلى الحد الصحيح للعرف وذلك للأسباب التالية:-

أ- اشتمال التعريف على الأقوال والأفعال.

ب- يخرج من التعرف ما حصل بطريقة الاتفاق نادراً ما لم يعتده الناس حيث يعتبره عرفاً.

ج- قلة الاعتراضات عليه.

شرح التعريف: هو ما اعتاده الناس وتعارفوه في حياتهم في القول: أو الفعل أو الترك، واعتيادهم له ناتج عن ألف نفوسهم له بعد استقراره فيها؛ أثر ركون عقولهم إليه؛ لحاجة تحمل على ذلك ثم تتلاءم الطباع معه بعد ذلك، وبذلك يغدو أمراً مألوفاً في حياة الناس ظاهراً معروفاً فيها. وعلى هذا فالعرف يشتمل على الأقوال والأفعال جميعاً.

قوله: "في قول أو فعل" أخرج عن معنى العرف: ما كان ناشئاً؛ بسبب عادي من عوامل الطبع كالحيض ومدته، وإسراع البلوغ، ونضج الثمار في البلاد الحارة وأشباه ذلك، فمثل هذا لا يسمى عرفاً.

ثانياً: -العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.

من الثابت أَنَّ لكل تشريع عرفاً خاصاً في استعماله لكثير من الألفاظ يخالف به عن حقائقها اللغوية، فيجب حمل تلك الألفاظ على معانيها العرفية في لسان الشرع، ولو كانت في أصل وضعها اللغوي أوسع مدلولاً، وهي ما تسمى بالاصطلاحات.

هذا والعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة فهما يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العرف في اللغة من جهة أنَّ العرف في الاصطلاح الأصولي لابد من أن يكون متتابعاً في حياة الناس غالباً عليها.

ويلتقيان في السكون والطمأنينة؛ لأنَّ العرف في الاصطلاح لابد أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم.

وفي الظهور والوضوح؛ لأن العرف لابد من أن يظهر في حياة الناس ويتضح في تصرفاتهم؛ كي يكون عرفاً لهم(46).

وعليه فالعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي تقرب من التساوي، إن لم تكن هي إياها فتأمل قيمة هذه الكلمة (العرف) وكرم هذه المعاني التي تدل عليها، وصحّتها، ودلالة ذلك كله على جلال هذه اللغة الجميلة.

المبحث الثاني

أقوال العلماء في تخصيص العموم بالعرف

العرف الذي يخصص النص العام في بعض ما اشتمل عليه، إما أن يكون عرفاً قولياً وإما عرفاً فعلياً، وفي الحالين وإما أن يكون سابقاً إما مقارناً للفظ العام لورود العام وإما حادثاً بعده ولكل حالة من هذه الحالات حكمها عند العلماء.

ولا يوجد خلاف بين العلماء في أن العرف القولي يقضي على النص ويخصصه إن كان عاماً وهذا هو رأى عامة الفقهاء والأصوليين(47). إلا أن السيوطي ذكر اختلافاً في بعض الفروع منها ما اعتبر فيه العرف، ومنها ما قدمت فيه اللغة(48).

وكذلك اتفقوا على تخصيص العام بالعرف القولي العام والخاص(49). كتخصيص عموم ألفاظ الناس.

ومن صور ذلك في تخاطب الناس ما إذا أوقف إنسان مالاً على العلماء، وكان العرف في زمنه يجري على علماء الشرع دون غيرهم، فان العرف يخصص عموم عبارته، وفي ضوء ذلك يدرك قصده فيصرف وقفه لعلماء الشرع(50)... وهكذا.

ولكنهم اختلفوا في تخصيص العام بالعرف العملي القائم عند ورود النص الشرعي؛ فمنهم من أجاز ومنهم من منع.

وقد استدل كل فريق من أصحاب الاتجاهين على مذهبه بأدلة، فكان المبحث في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

قول القائلين في جواز التخصيص بالعرف وأدلتهم

ذهب الحنفية والمالكية: إلى أنه لا فرق بين العرف القولي والعملي، فكلاهما يخصص العام.

الأدلة:

أ- استدل الحنفية ومن وافقهم من المجيزين لتخصيص نصوص الشارع بالعرف العملي بالدليل التالي:

إن الاتفاق قد جرى على أن العرف العملي يقيد المطلق فكذلك يخصص العام.

ويتضح ذلك من أنه لو قال شخص لآخر موكلاً إياه: اشتر لي لحماً. وكان ذلك في بلد اعتاد أهله أكل لحم الضأن، فإنه يتقيد في ذلك بشراء لحم الضأن دون غيره من أنواع اللحوم بحيث لو اشترى غيره يكون مخالفاً لإرادة الموكل مع أن كلمة (لحم) في عبارة الموكل مطلقة، إلا أن ذلك الإطلاق مقيد بالعرف العملي الذي جري عليه أهل البلد في أكلهم فتنصرف إرادة الموكل إليه دون غيره، والعام في ذلك مثل المطلق لاتحاد الموجب وهو تبادر ما جرى عليه العرف من اللفظ دون غيره(51).

وقد ناقش الشافعية ذلك الدليل فقالوا:

1- إن هناك فرقً بين المطلق الذي يلحقه التقييد بالعرف العملي باتفاق، والعام المتنازع في تخصيص العرف العملي له، من جهة أن المطلق ينزل على المقيد بقرينه ميلهم إليه بحسب عادتهم في أكلهم مع عدم ترك المطلق، فالمطلق مع التقييد قائم ولكن لأن العرف جرى بأكل لحم خاص ينزل المطلق على ذلك العرف الخاص ويفهم في ضوئه، أما تخصيص العام بالعرف فيعني ترك ظاهر اللفظ في شموله لكل أفراده وقصره على البعض فقط؛ ومن هنا يتغير عن حالته الأولى(52).

وقد ردّ الحنفية على ذلك الاعتراض:

بأن ما ذكر من الفارق بين تقييد المطلق وتخصيص العام ملغى؛ لأن مناط التخصيص والتقييد واحد وهو التبادر عند غلبة الاستعمال، فإذا تبادر التقييد في المطلق يتبادر التخصيص في العام(53).

1. إن قياس المطلق على العام قياس في اللغة والقياس في اللغة ممنوع(54).

وقد رد الحنفية على ذلك: بأن إعطاء العام حكم المطلق في المسألة ليس من باب القياس في اللغة، وإنما دليله قاعدة الاستقراء التي دلت على أن العام مثل المطلق من جهة تبادر ما يفهم منه في ضوء العرف العملي(55).

ب - ثم إن الحنفية ومن وافقهم فصّلوا في ذلك بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً:

فإن كان عاماً فإن العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلاً للنص. بل يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومه. فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص، بل هو إعمال للعرف والنص معاً، طبقاً للقاعدة: "إعمال النصين معاً خير من إهمال أحدهما"(56).

مثال ذلك: أنه قد ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم(57). فهذا نص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون الشيء المبيع فيها موجوداً في ملك البائع ما عدا السلم المستثنى؛ لما فيه من مصلحة.

وكذلك عقد الاستصناع يشمله عموم النص المانع، ولكنه عقد تعارفه الناس؛ لاحتياجهم إليه؛ ولذلك أقر الفقهاء جوازه للعرف الجاري، واعتبر مخصصاً لعموم النص، فيعمل بالنص في غير الاستصناع من أنواع بيع المعدوم، ويعمل بالعرف في الاستصناع، ويجمع بين العرف والنص معاً(58).

وكذلك استثناء المرأة الشريفة من عموم قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ﴾(59)، فقد أخرجت المرأة الشريفة من هذا العموم بأنها لا يجب عليها الإرضاع؛ لأن عادة العرب أن المرأة الشريفة القدر لا ترضع عندهم، وتلك العادة ثبتت في زمن النبي ﷺ وأقرهم عليها ولذلك كانت مخصصة لعموم الآية(60).

وكذا ثمار البساتين إذا بدا صلاح بعضها قال بجواز بيعها الإمام مالك، لجريان التعامل به، مع أن بعض المبيع معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز كما هو معروف في باب البيع(61).

فرع: هل يشترط العموم في العرف العملي المخصص؟

ذكرنا أنه إذا كان العرف القائم عرفاً عملياً، فإن نظرة الفقهاء إلى ذلك قد اختلفت بين أن يكون العرف خاصاً أو عاماً:

فإذا كان عاماً فان المذهب الحنفي يرى جواز تخصيص النص بالعرف وهذا هو الراجح من مذهبهم وعليه محققو المالكية؛ لأن العمل بالعرف لا يكون فيه تعطيل للنص، بل يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى، وسبب إعمال العرف هنا التوسيع على الناس بعدم شمول النص لكل ما تناوله؛ بل يعمل بالنص في مشمولاته التي يتناولها عمومه فيكون العمل بهما معاً.

ومثال ذلك ما روى حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه قال: "لا تبع ما ليس عندك"(62).

فقد استثني منه عقد الاستصناع(63) لتعامل الناس به من غير نكير، لاسيما في الأحذية التي تحتاج إلى مقاييس ونحو ذلك. فقد استثني عقد الاستصناع صراحة ولذلك وقع الإجماع على جوازه.

أما العرف الخاص إذا عارض النص العام؛ بأن كان ذلك العرف خاصاً بمكان دون أخر، أو بفئة من الناس دون غيرها. كعرف بعض أرباب المهن دون سواهم: كعرف التجار أو الصناع أو بعض البلدان(64) فلا يقوى على الراجح في الاجتهاد الحنفي على تخصيص النصوص الشرعية(65)؛ لأنه إذا كان عرف بعض البلاد، أو الناس يقتضى تخصيص النص، فإن عدم ذلك العرف لدى بقية الأماكن والناس لا يقتضيه، فلا يثبت التخصيص بالشك، كما أن التخصيص _كما سلف بيانه_ بيان لإرادة الشارع الحكيم من النص العام، ومثل تلك الإرادة لا تعرف من جهة الفئة القليلة من الناس أو الرقعة المحدودة من الأرض(66).

أما المالكية: فيجيزون تخصيص النص العام بالعرف دون تفريق فيما: إذا كان العرف عاماً أو خاصاً، قولياً كان أم عملياً، فلم يرد ما يدل على التفريق بين العرف العام والخاص عند من أجاز تخصيص العام بالعرف العملي منهم(67).

المطلب الثاني

قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم

ذهب الشافعية إلى أن العرف العملي لا يقوى على تخصيص العام(68).

ويوافق الشافعية في ذلك القرافي وقد خالف جمهور المالكية: من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده(69).

وتبعه في ذلك الونشريسي حيث ذكر أن العادة الفعلية لا تخصص العام(70).

ومن الحنابلة من يمنع التخصيص بالعرف العملي كابن تيمية في المسودة حيث قرر: "بأنه لا يجوز تخصيص العموم بالعادات عندنا"(71).

الأدلة:

استدل الشافعية ومن معهم من المانعين للتخصيص بالعرف العملي بالتالي:

أ- إن الصيغة المستعملة _وإن صاحبها العرف العملي_ صيغة عامة بحسب اللغة لا مخصص لها؛ فتبقي على عمومها(72).

وقد اعترض الحنفية على دليل الشافعية بمنع عدم وجود المخصص.

بأن العادة الفعلية مخصصة للصيغة، كما أن العادة القولية مخصصة باتفاق، والقول: بالتخصيص بالعرف القولي دون العملي تحكّم، من جهة أن غلبة العادة الفعلية تؤدي إلى غلبة الاسم كتقييد الدراهم مثلاً بالنقد الغالب، فإن أساسه عرف عملي أدى إلى عرف قولي، ومن هنا فإن العرف العملي يؤدى إلى عرف قولي، فالقول: بالتخصيص بالعرف القولي ومنع التخصيص بالعرف العملي تحكم صريح لا يسمع(73).

ب- أن العادة الفعلية ليست بحجة؛ لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح، وإنما الحجة في النصوص ولو كانت عامة، وهى الحاكمة على العوائد فلا تكون العوائد حاكمة عليها(74).

الاعتراض على ذلك الدليل: إن العادة القبيحة التي لا يقرها الشارع ليست واردة هنا؛ لأن الكلام في عرف عملي [خال من الفساد بالكلية] ، وعليه فإن الشأن فيه عدم الاصطدام بالشرع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تخصيص النصوص العامة بالأعراف العملية فيما تعارضا فيه، لا يلغى حاكمية النصوص العامة، وإنما يفسرها بحسب ما جرى عليه عمل الناس.

ففي التخصيص بالعرف إعمال للعرف والنص معاً، ولا شك أن العمل بهما أولى من إهمال أحدهما، هذا فضلاً عن أن العمل بالعرف عن طريق التخصيص به يعتمد على مشروعية العرف التي يستمدها هي الأخرى من نصوص كثيرة في الشريعة، وهى النصوص التي دلت على حجيته سواء أكانت نصوص خاصة مباشرة، أم كانت تتمثل في مبادئ اليسر ورفع الحرج.

المطلب الثالث

الموازنة والترجيح بين الرأيين

الواقع أن علة التخصيص محققة في كل من العرف القولي والعملي؛ ذلك لأن مناط التخصيص هو ما يوجب تبادر الذهن إلى المعنى غير الموضوع له، والتبادر أمارة الحقيقة، وهي هنا الحقيقة العرفية قولاً وعملاً؛ فيتعين إرادتها. ولا شك أن ما يوجب تبادر المعنى العرفي إلى الذهن هو

(التعامل) وهو متحقق في العرف العملي والقولي على سواء، فوجب اعتبار هذا المعنى العرف المتبادر أنه المراد، لتحقق علته(75).

والقاعدة العامة في هذا الصدد: "أنه يجب إجراء الكلام على حقيقته المتبادرة، ولا يحمل على المجاز إلا بدليل". كما تقضي قاعدة تفسيرية أخرى في هذا الموضوع بأن (العادة محكّمة)(76).

وكما تقرر أن العرف اللفظي يخصص العام باتفاق سواء أكان ذلك النص العام نصاً من نصوص الشريعة قرآناً وسنة، أم كان من نصوص الناس في عقودهم واستعمالاتهم، وسواء أكان العرف القولي المخصص عاماً أم خاصاً، كما انتهى البحث إلى أن ذلك ليس من باب التخصيص على الحقيقة، وإنما من باب حمل اللفظ على المعنى المتبادر منه بحسب ما جرى عليه العرف القولي.

ومن هنا قرر الأصوليون أن "مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف"(77).

وهذا ما قال به الشيخ أبو سنه(78) وقد ذكر اتفاق الفقهاء على أنه يقضي على اللفظ المطلق ويقيده ويقدم عليه، وذكروا أيضاً اتفاق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولي والفعلي يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً، وذكر لذلك أمثلة.

حيث فصل المسألة بعد ذكر أدلة الفريقين، ثم فسر مذهب الحنفية في ذلك:

فذكر أن الحنفية يقولون بتخصيص العرف للعام، ويخالفهم في ذلك الجمهور، وناقش أدلة القائلين والمانعين، ثم رجح القول بتخصيص العرف للعام.

وأما إذا كان اللفظ عاماً: فقد ذكر الشيخ أبو سنه في تقييد المطلق و تخصيص العام بالعرف، دون تفريق فيما: إذا كان العرف عاماً أو خاصاً.

وهذا ما ذكره أبو سنه عند مناقشته: مذهب المالكية في تخصيص العام بالعرف، ونقل عن فقهائهم ما يؤكد العمل به، وبعد أن ذكر قول القرافي في عدم التخصيص بالعرف قال: ((ولكن جمهور فقهاء المالكية على أن العرف العملي يخصص ويقيد)) قال شمس الدين الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: ((وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً))، ونقل الوانوغي عن الباجي: ((أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصا أيضاً)). وفي القلشاني: ((لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء)) (79).

وقد رد ابن غازي على القرافي، فيما ذهب إليه من منع التخصيص بالعرف العملي، بأن مسائل المدونة وغيرها دالة على تخصصه بالفعلي كالقولي(80).

والذي يؤخذ من كلام النووي: أن العرف العملي _إذا كان عاماً_ قيد المطلق وخصص العام، أما إذا كان خاصاً: فلا اعتبار به في تخصيص ولا تقييد.

حيث قال في المجموع(81):((وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر، فلا تخصص عاماً ولا تقيد مطلقاً كما إذا حلف لا يأكل خبزاً، ولا يلبس ثوباً، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان، وإن كانت عادته ألا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير. والمراد هنا العادة الخاصة)).

ويوضح ذلك قوله: ((وأما العوائد الفعلية: فإن كانت خاصة؛ فلا اعتبار بها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها))، وذكروا لها أمثلة، منها:

تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب، فإن تلك العادة أوجب إطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ، فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة.

وكذلك يفهم من كلام السيوطي في الأشباه(82):((أن العرف العملي الخاص إذا كان مستمراً مطرداً فالظاهر اعتباره كالعام في تقييد المطلق وتخصيص العام)).

وهذا ما قاله السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف" وما ساقه من أمثلة ثم ذكر فروعا منها:

المدارس الموقوفة على درس الحديث، ولا يعلم مراد الواقف فيها؛ هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح، كمختصر ابن الصلاح ونحوه، أو يقرأ متن الحديث: كالبخاري ومسلم ونحوهما ويتكلم على ما في الحديث من: فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف، كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيخونية كما رأيته في شرط واقفها؟.

وقد عقب السيوطي على ذلك فقال: "وقد سأل شيخ الإسلام ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب: بأن الظاهر إتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون في الشروط"(83).

ومن حصيلة كلام النووي والسيوطي: أن العرف العملي إذا كان عاماً أو خاصاً مطرداً قيد المطلق وخصص العام عند الشافعية أيضاً.

ونرى أن المدار في ذلك على تحقيق مناط التخصيص، فحيثما تحقق؛ وجب القول بوجوب التخصيص، ولا فرق بين عام وخاص، أو قولي وعملي(84).

وبهذا نرى: أن رأي القائلين وهم الحنفية والمالكية ومن وافقهم بجواز تخصيص العام بالعرف هو الصواب، والله أعلم.

المبحث الثالث

أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية

سأقتصر إن شاء الله تعالى في كل مطلب من المطالب التالية على ما يتصل بها على مثال تطبيقي واحد يؤدي المقصود تجنبا للاطالة.

المطلب الأول

أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات

استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة

ممّا هو متّفق عليه بين أهل العلم أنّ دخول الوقت من شروط صحّة الصّلاة، وقد أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة(85)، ودليل ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتاً﴾(86)، وكذلك قوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصّلاةَ لِدُلوكِ الشَّمْسِ إلى غَسَقِ اللّيل وَقُرْآنَ الفجرِ إنّ قُرْآنَ الفجرِ كان مَشْهوداً﴾(87). وقوله تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللّهِ حينَ تُمْسُونَ وحين تُصْبِحُون وله الحمدُ في السماوات والأرضِ وَعَشِيّاً وحين تُظْهِرون﴾(88).

قال بعض المفسّرين: إنّ المراد بالتّسبيح (الصّلاة)، أي: صلّوا حين تمسون، أي: حين تدخلون في وقت المساء، والمراد به المغرب والعشاء، (وحين تصبحون) المراد به صلاة الصّبح، والمراد بقوله تعالى: (وعشيّاً) صلاة العصر، وبقوله تعالى: (وحين تظهرون) صلاة الظّهر.

ومن السنّة حديث ابن عبّاسٍ رضي الله عنهما، أنّ النّبيّ - ﷺ - قال: "أمَّني جبريل عليه السلام عند البيت مرّتين، فصلَّى الظهر في الأولى منهما؛ حين كان الفيء مثل الشّراك، ثمّ صلّى العصر؛ حين كان كل شيء مثل ظلّه، ثمّ صلّى المغرب؛ حين وجبت الشّمس وأفطر الصّائم، ثمّ صلّى العشاء حين غاب الشّفق، ثمّ صلّى الفجر؛ حين برق الفجر وحرم الطّعام على الصّائم، وصلّى المرّة الثّانية الظهر؛ حين كان ظل كلّ شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثمّ صلّى العصر؛ حين كان ظل كلّ شيء مثليه، ثمّ صلّى المغرب لوقته الأول، ثمّ صلّى العشاء الآخرة؛ حين ذهب ثلث اللّيل، ثمّ صلَّى الصبح؛ حين أسفرت الأرض، ثمّ التفتَ إليّ جبريل فقال: يا محمّد، هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين"(89).

وأوقات الصّلاة هي: الأزمنة الّتي حدّدها الشّارع لفعل الصّلاة أداءً، فالوقت سبب وجوب الصّلاة فلا تصحّ قبل دخوله، وتكون (قضاءً) بعد خروجه.

وقد صار التقويم هو الوسيلة للناس في معرفة مواقيت الصلاة بالساعة والدقيقة(90).

ولما كان المعوّل عليه في تحديد مواقيت الصلاة هو حركة الشمس الظاهرية نظراً لتعيين الشرع، ومع التطوّر في الأخذ بما يعين على تحديد الأوقات من حساب وآلات مما يفيد في تحديد أوقات

الصلاة، كان لفقهاء المسلمين وقفة مع الأخذ بذلك، فإنه لابد من الربط بين ذلك التعيين والفلك والحساب، ويتم ذلك وفق معادلات رياضية معينة يقوم بحسابها مختصون بمعرفة تلك العمليات الحسابية(91).

• تصوير المسألة وبيان تاريخ النشأة.

تحديد مواقيت الصلاة عن طريق الحساب كان معروفاً لدى متقدمي المسلمين، إلا أن استعمال ذلك الحساب قد تطوّر عبر العصور بتطوّر الآلات المستخدمة في العمليات الحسابية؛ فصارت تستخدم في ذلك الرسوم البيانية، أو الحاسبات الالكترونية في حل المعادلات المذكورة، ومع ظهور آلات الطباعة وجد ما يعرف بالتقويم اليومي، وهو يعتمد على عمليات حسابية دقيقة، يقوم بها بعض المختصين عن طريق الربط بين حركة الشمس، التي هي المعتمد في تحديد أوقات الصلاة، وحساب ساعات النهار والليل في عدد من المدن المختلفة المواقع، وتعتبر في ذلك فروق التوقيت في كل وقت، وكل يوم، ويمكن بعمليات حسابية إضافية تحديد أوقات الصلوات في سائر المدن والقرى، ويتمّ إصدار مثل ذلك التقويم بصورة سنوية، مبيّناً فيه أوقات الصلوات الخمس في عدد من المدن بالتوقيت الغروبي والزوالي أو بأحدهما(92).

ومع وجود الحاسبات الآلية فإنه يمكن بعملية حسابية إصدار تقويم زمني يحدّد فيه مواقيت الصلوات لسنوات عديدة قادمة.

• علاقة المسألة بتخصيص العرف.

تبرز علاقة هذه المسألة بقاعدة العادة محكّمة، ويتمثل ذلك في أن من أجاز العمل بالحساب في تحديد مواقيت الصلاة، قد احتج بأن الناس في سائر الأعصار والأمصار يعتمدون في حال ما إذا حال دون الشمس غيم على الحساب بالرمل والماء ونحوهما(93)، وحاصل ذلك راجع إلى العمل بالعادة والعرف، حيث شاع وانتشر العمل بالحساب بالرمل والماء ونحوهما؛ إذا حال دون الشمس غيّم ونحوه، حتى عسر استغناؤهم عن ذلك، وصار عادةً وعرفاً، والعمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة من ذلك القبيل؛ إذ شاع وانتشر بين المسلمين العمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة وعسر استغناؤهم عن العمل به، حتى صار عادةً وعرفاً، فتحكّم تلك العادة، وذلك العرف، وما العمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة إلا امتداد للعمل بالحساب الذي كان معروفاً لدى المتقدمين، والحاجة إلى العمل بالتقويم في الزمان الحاضر أشدّ من الحاجة إلى العمل بالحساب في الأزمان الماضية، لصعوبة الاعتماد على حركة الشمس في هذا الزمان؛ لوجود ما يعيق الرؤية في بعض الأوقات، أو يجعلها صعبة في هذا الزمان الذي كثر فيه العمران وعلا، وكثرت

فيه الإضاءات في الشوارع، وعلى رؤوس البنايات(94).

المطلب الثاني

أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات

معيار العرف في عقد الاستصناع

الاستصناع في اللّغة: مصدر استصنع الشّيء، أي: دعا إلى صنعه، ويقال: اصطنع فلانٌ باباً؛ إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً، كما يقال: اكتتب، أي: أمر أن يكتب له(95).

وفي الاصطلاح: عرّفه بعض الحنفيّة: عقدٌ على مبيعٍ في الذّمّة شُرط فيه العمل(96). فإذا قال شخصٌ لآخر من أهل الصّنائع: اصنع لي الشّيء الفلانيّ بكذا درهماً، وبيّن له صفته ومقداره، وقبل الصّانع ذلك، أو يبيع ما يصنعه موصوفاً في الذمة، ويقبض ثمنه حالاً؛ انعقد استصناعاً عند الحنفيّة(97).

والاستصناع من قبيل العرف العام، والعمل به من باب تخصيص العام بالعرف، وقد ورد النص بنهي الإنسان عن بيع ما ليس عنده(98)، وكان التعامل بالاستصناع مما يحتاج إليه الناس، حتى صار العمل به عادة وعرفاً، فيُعمل بالنص في عمومه، ويُخصّ منه التعامل بالاستصناع استحساناً(99).

ووجه الاستحسان: استصناع الرسول -ﷺ - الخاتم(100)، والإجماع من لدن رسول اللّه ﷺ دون نكيرٍ، وتعامل النّاس بذلك العقد والحاجة الماسّة إليه(101).

حكمة مشروعيّة الاستصناع:

الاستصناع: شرع لسدّ حاجات النّاس ومتطلّباتهم؛ نظراً لتطوّر الصّناعات تطوّراً كبيراً، فالصّانع يحصل له الاتفاق ببيع ما يبتكر من صناعةٍ هي وفق الشّروط الّتي وضع عليها المستصنع في: المواصفات والمقايسات، والمستصنع يحصل له الاتفاق بسدّ حاجيّاته وفق ما يراه مناسباً: لنفسه وبدنه وماله، أمّا الموجود في السّوق من المصنوعات السّابقة الصّنع فقد لا تسدّ حاجات الإنسان. فلا بدّ من الذّهاب إلى من لديه الخبرة والابتكار(102).

-ذهب الحنفية إلى صحة عقد الاستصناع؛ باعتباره عقداً مستقلاً على سبيل الاستحسان.

استدل الحنفية على ذلك هو تخصيص العرف، وهو ما جرى به التعامل، ومضى العرف به. واعتبروا القول به نوعاً من الاستحسان الثابت بالإجماع العملي(103).

قال السمرقندي في تفسير الاستصناع: هو ((عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع والقياس: ألاَ يجوز، وفي الاستحسان: جائز لتعامل الناس، فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها، بعد بيان القدر والصفة والنوع"(104).

وقال صاحب الهداية: "ولا بأس بالسلم في: طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه، ثم قال: وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً، للإجماع الثابت بالتعامل)). قال صاحب العناية: فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام"(105).

ويشترط الحنفية أن يكون العرف الجائز للاستصناع عرفاً عاماً؛ لأنه مخصص للنص الشرعي(106).

وقد اشترط أبو حنيفة في عقد الاستصناع خلوّه من الأجل، فإذا ذكر الأجل في الاستصناع؛ صار سلماً وتعتبر فيه شرائط السّلم، وقد خالفه في ذلك أبو يوسف ومحمّدٌ ليس بشرط؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع(107). ونرى أن قولهما هو المتمشي مع ظروف الحياة العملية، فهو أولى بالأخذ.

- أمّا المالكيّة والشّافعيّة: فقد ألحقوه بالسّلم، فيؤخذ تعريفه وأحكامه من السّلم، عند الكلام عن السّلف في الشّيء المسلم للغير من الصّناعات، فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة ذلك العقد. وعند الرجوع إلى كتبهم يتبين أنهم يوافقون الحنيفة على وجه الإجمال وان خالفوهم في المسلك وبعض الشروط.

فعند المالكية: يجوز أن يستصنع السيف أو السرج وما شابهه، ويشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم. فقد جاء في الشرح الكبير و حاشية الدسوقي: "أنه يجوز الشراء من: الحداد والنجار والحباك وهو سلم، يشترط فيه ما يشترط في السّلم من: تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل والمعمول منه، وكذلك استصناع السيف والسرج سلم، كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفاً، أو سرجاً صفته كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وألاّ يعين العامل ولا المعمول منه"(108).

- وعند الشافعي رحمه الله: فإنه يصح عنده في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف، سواء أكان حالاً أم مؤجلاً، وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس؛ لأنه سلم(109).
- وكذلك الأمر عند الحنابلة: يصح عندهم بلفظ البيع، حيث يستفاد من كلامهم أنّ الاستصناع: بيع سلعةٍ ليست عنده على غير وجه السّلم، فيرجع في هذا كلّه عندهم إلى البيع وشروطه عند الكلام عن البيع بالصّنعة (110).

قال ابن قدامة: "وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، وبلفظ السلم والسلف، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع"(111).

وعلى هذا نجد جمهور الفقهاء من: المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن عقد الاستصناع _على الصفة التي ذكرناها لدى كل منها_ قسم من أقسام السّلم، وأدلته أدلة السلم، بينما جعله الحنفية عقداً مستقلاً له اعتباره الذي يميّزه عن عقد السلم(112).

وقد قال أبو زهرة: "لقد وجدنا الفقهاء يقولون في الاستصناع: إن القياس عدم جوازه، لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة، ولا من التابعين، ولا من علماء كل عصر، ذلك حجة يترك بها القياس، وقال أبو زهرة: بل إنهم يصرحون بأن تعامل الناس يخصص النص العام، وذلك إذا كان العرف عاماً، فمثلاً ورد النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ولكن جرى تعامل الناس به من أقدم العصور على جواز الاستصناع، فكان ذلك التعامل مخصصاً للنص، فكان النهي فيما عداه"(113).

الآثار المترتبة لعقد الاستصناع:

هو عقدٌ غير لازمٍ عند أكثر الحنفيّة، سواءٌ أتمّ أم لم يتمّ، وسواءٌ أكان موافقاً للصّفات المتّفق عليها أم غير موافقٍ. وذهب أبو يوسف إلى أنّه إن تمّ صنعه _وكان مطابقاً للأوصاف المتّفق عليها_ يكون عقداً لازماً؛ لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقا لطلب المستصنع، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة(114).

وفي تقديرنا: أن ذلك الرأي سديدٌ؛ منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع إذ أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية؛ ولأن ذلك الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن: كالسفن والطائرات والمركبات، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم(115).

صور من التعامل التي جرى العرف بها:ــ

- إجازة الحنفية للشروط التي يجري بها العرف كشراء القفل على أن يثبته البائع في الباب أو الحذاء على أن يضع له نعلا، وتلك الإجازة أساسها العرف، وفي ذلك تخصيص لعموم نهي النبي ﷺ : "عن بيع وشرط"(116).
- أن يتفق إنسان مع أحد النجارين أن يصنع له نجارة معينة من خشب أو ألمنيوم، والمادة من الصانع، وقد يدخل فيها الزجاج وغيره من: أقفال ومفاتيح ومغاليق.
- أن يتقاول شخص مع صاحب مصنع لصنع الأثاث أو المفروشات وغيرها على صنع غرفة نوم أو مقاعد، وما يتركب منه المصنوع كله من الصانع حسب أنموذج معين يطلع

المستصنع عليه ثم يحصل الاتفاق على ذلك ، إلى غير ذلك من الأمثلة، والحكم بصحة ذلك التعامل تيسير على الناس إذ أن الحاجة ماسّة إليه، والناس يتعاملون به فكان جائزاً؛ تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للحرج والمشقة عنهم(117).

المطلب الثالث

أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات

الحرز في السرقة

الحرز في اللّغة: الموضع الّذي يحفظ فيه الشّيء، والجمع: أحراز، تقول: أحرزت الشّيء أحرزه؛ إحرازاً إذا حفظته وضممته إليك وصنته عن الأخذ. وللحرز معان أخرى منها: الموضع الحصين يقال: هذا حرز حريز؛ للتّأكيد، كما يقال: حصن حصين(118).

الحرز اصطلاحاً: الحرز ما يوضع فيه المتاع؛ للحفظ، أو هو ما نصب عادة لحفظ أموال النّاس: كالدّار، والحانوت، والخيمة، والشّخص(119).

السّرقة في اللّغة: السّرقة أخذ الشّيء من الغير خفيةً(120).

السّرقة في الاصطلاح: هي أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً، أو ما قيمته نصاب، ملكاً للغير، لا شبهة له فيه، على وجه الخفية(121).

اتفق العلماء على أنه لا يجب القطع في السرقة إلا اذا أخذ المتاع المسروق من حرزه. ومتّفقون على أنّ تحديد الحرز مرجعه إلى العرف والعادة.

قال ابن الهمام: الحرز ما عد عرفاً حرزاً للأشياء؛ لأن اعتباره ثبت شرعاً من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه(122).

وقال الشافعي: "وانظر إلى المسروق، فإن كان في الموضع الذي سرق منه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز؛ فأقطع فيه، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه))(123).

قال الغزالي: ((والحرز ما لا يعدّ المالك أنّه مضيّع لماله؛ إذا وضعه فيه. ومرجعه العرف؛ لأنّه ليس له ضابط لغةً ولا شرعاً، كالقبض في المبيع والإحياء في الموات، والعرف يتفاوت، ولذلك فهو يختلف باختلاف الأحوال، والأوقات))(124).

وقال ابن قدامة: ((والحرز ما عدّ حرزاً في العرف، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه، علم أنه ردّ ذلك إلى أهل العرف؛ لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته؛ فيرجع إليه)) (125).

والأصل في اشتراط الحرز ما روي في الموطّأ عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: "لا قطع في ثمر معلّق ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المراح أو الجرين، فالقطع فيما بلغ ثمن المجنّ"(126).

الحرز نوعان: حرز بالمكان، وحرز بالحافظ:

الحرز بالمكان: هو كلّ بقعة معدّة للإحراز ممنوع الدّخول فيها أو الأخذ منها إلاّ بإذن: كالدّار والبيت.

الحرز بالحافظ: ويكون في كلّ مكان غير معدّ للإحراز، يدخل إليه بلا إذن: كالمسجد والسّوق(127).

والفرق بين النّوعين:

أنّ القطع لا يجب بالأخذ من الحرز بالمكان إلاّ بالإخراج منه عند جمهور الفقهاء؛ لأنّ يد المالك قائمة ما لم يخرجه، فلم تتمّ السّرقة.

وأمّا المحرز بالحافظ فيجب القطع بمجرّد أخذه؛ لأنّ يد المالك تزال بمجرّد الأخذ، فتمّت السّرقة.

ولمّا كان ضابط الحرز وتحديد مفهومه يرجع إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الزّمان والمكان ونوع المال المراد حفظه، فقد اختلف الفقهاء في بعض المواضع ليكون الحرز تامّاً، وبالتّالي يقام الحدّ على من يسرق منه، وذلك إما لأن العرف يتفاوت و يختلف، فينشأ عن ذلك اختلاف، وإما لدليل آخر يقدم العمل به على العرف(128).

من تلك المواطن التي اختلف الأئمة في اعتبارها حرزاً وعدم اعتبارها:

1. **الدار المشتركة في السكنى.**

فقد اختلفوا فيما إذا كانت الدار مشتركة، وأخرج السارق المتاع من البيت إلى صحن الدار هل يقطع؟، وكذلك إذا سرق من يسكن أحد تلك البيوت من بيت آخر في الدار نفسها؟.

- اشترط الحنيفة: أن يكون كل بيت مستقلا بمنافعه عن الآخر. وقد ذكر في (فتح القدير) عن محمد بن الحسن: أن تكون الدار عظيمة _فيها بيوت وكل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم_ بحيث يستغني أهل كل بيت ببيتهم عن صحن الدار، ولا ينتفعون به إلا كانتفاع أهل المنازل بالطريق)) (129).

قال في الهداية: فإن كانت دار فيها مقاصير، فأخرجها من المقصورة(130) إلى صحن الدار قطع؛ لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة، وإن أعار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع. وبناءً على قول الحنفية ذلك يمكننا القول: إنه يشترط _الآن_ أن يكون كل بيت مستقلاً بمنافعه عن الآخر(131).

- ذهب مالك والشافعي: إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز، يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرجه من جميع الدار.

قال مالك: "الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه ليس معه فيها غيره، فإنه لا يجب على من سرق منها شيئاً القطع حتى يخرج به من الدار كلها، وذلك أن الدار كلها هي حرزه. فإن كان معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه، وكانت حرزاً لهم جميعاً: فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئاً يجب فيه القطع، فخرج به إلى الدار، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه، ووجب عليه فيه القطع". وهذا هو عمل أهل المدينة وهو حجة عند مالك)) (132).

وقال الشافعي: ((لو كانت الدار مشتركة، وأخرج السرقة من البيت والحجرة إلى الدار قطع؛ لأن المشتركة ليست بحرز لواحد من السكان دون الآخر)). وقال: ((ولو أسكن رجل رجلاً في بيت، أو أكراه إياه فكان يغلقه دونه، ثم سرق رب البيت منه قطع، وهو مثل الغريب يسرق منه))(133).

- ذهب أحمد: ((إلى أنه إذا أخرج المتاع من البيت إلى الدار يقطع، واشترط: أن يكون باب البيت مغلقاً، فإن كان مفتوحاً لم يقطع حتى يخرجه من الدار)).

قال ابن قدامة: "وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن، فإن كان باب البيت مغلقاً ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز، وإن لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز"(134).

2- السّرقة بين الأزواج.

اتّفق جمهور الفقهاء على عدم إقامة الحدّ إذا سرق أحد الزّوجين من مال الآخر وكانت السّرقة من حرز قد اشتركا في سكناه؛ لاختلال شرط الحرز، وللانبساط بينهما في الأموال عادةً، أمّا إذا كانت السّرقة من حرز لم يشتركا في سكناه، أو اشتركا في سكناه ولكنّ أحدهما منع من الآخر مالاً أو حجبه عنه، فقد اختلف الفقهاء في حكم السّرقة منه:

- فيرى الحنفيّة وهو قول عند الشّافعيّة والرّواية الرّاجحة عند الحنابلة: أنّه لا قطع على واحد منهما؛ لما بين الزّوجين من الانبساط في الأموال عادةً ودلالةً، وقياساً على الأصول والفروع؛ لأنّ بينهما سبباً يوجب التّوارث من غير حجب(135).

قال صاحب الهداية: ((وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر، أو العبد من سيده أو من امرأة سيده، أو من بعل سيدته لم يقطع، لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه، فكذلك عندنا))(136).

قال في الفتح: ((وجه قولنا: إن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة، فإنها لما بذلت نفسها - وهي أنفس من المال_ كانت بالمال أسمح، وقال: ((ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين)) (137).

- أمّا المالكيّة: فإنّهم يوجبون الحدّ على السّارق، وهو الرّاجح عند الشّافعيّة، والرّواية الثّانية عند الحنابلة، في هذه المسألة، لعموم آية السّرقة؛ لأنّ الحرز هنالك تامّ، وربّما لا يبسط أحدهما للآخر في ماله، فأشبه سرقة الأجنبي"(138).

- ذهب مالك رحمه الله إلى أنه يقطع، والظاهر: أن عمدته في ذلك عمل أهل المدينة.

جاء في الموطأ: "والأمر عندنا في العبد يسرق من متاع سيده... إلى أن قال: وكذلك الرجل يسرق من متاع امرأته، أو المرأة تسرق من بعلها ما يجب فيه القطع: إن كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما، وكان في حرز سوى البيت الذي هما فيه، فإن من سرق منهما من متاع صاحبه ما يجب فيه القطع، فعليه القطع فيه"(139).

- وهناك قول ثالث للشّافعيّة وهو: ((وجوب قطع البعل؛ إذا سرق من مال زوجه ما هو محرز عنه ولا تقطع الزّوجة إذا سرقت من مال بعلها ولو كان محرزاً عنها؛ لأنّ الزّوجة تستحقّ النّفقة على بعلها، فصار لها شبهة تدرأ عنها الحدّ، بخلاف البعل فلا تقوم به شبهة تدرأ عنه الحدّ إذا سرق من مالها المحرز عنه)) (140).

هذا، والذي يظهر من أقوال الشافعي ترجيح القول بعدم القطع مطلقاً. فإنه ذكر في الأم مالاً يقطع فيه من جهة الخيانة، ثم ذكر قول مالك وقال: ((وهذا مذهب))، ثم قال: ((فأرى، والله تعالى أعلم، على الاحتياط ألا يقطع الرجل لامرأته، ولا المرأة لبعلها، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً، للأثر والشبهة فيه))(141).

3- القطع بسرقة الكفن من القبر (النّبش).

يقال: نبشته نبشاً، أي: استخرجته من الأرض، ونبشت الأرض: كشفتها. ومنه نبش الرّجل القبر(142). والنّبّاش: هو الّذي يسرق أكفان الموتى بعد دفنهم في قبورهم(143).

وقد اختلف الفقهاء في حكمه وفي اعتباره سارقاً، وهل يقطع؟ أم لا؟.

ذهب جمهور الفقهاء: (المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وأبو يوسف) من الحنفيّة إلى اعتبار النّبّاش سارقاً، لانطباق حدّ السّرقة عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع(144).

قال مالك: ((والأمر عندنا في الذي ينبش القبور أنه إذا بلغ ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، وذلك أن القبر حرز لما فيه كما أن البيوت حرز لما فيها، وهذا القول هو عمل أهل المدينة))(145).

وقال الشافعي: ((ويقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر؛ لأن ذلك حرز مثله، وإن أخذ قبل أن يخرجه من جميع القبر لم يقطع؛ ما دام لم يفارق جميع حرزه))(146).

وجاء في المغني: قال الخرقي: ((وإذا أخرج النباش من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع))، وقال ابن قدامة: فلابد من إخراج الكفن من القبر؛ لأنه الحرز)) (147).

وقال في الهداية: ((وقال أبو يوسف والشافعي القطع لقوله عليه الصلاة والسلام: "من نبش قطعناه"، ولأنه مال متقوم محرز مثله فيقطع فيه)) (148).

أدلة الجمهور:

استدلوا بوجوب القطع بأنه مال متّقوم محرز في حرز مثله؛ ولعموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾(149).

ولما روى البراء بن عازب رضي الله عنه أنّ النّبيّ -ﷺ- قال: "من حرّق حرّقناه، ومن غرّق غرّقناه، ومن نبش قطّعناه"(150).

ولما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: "سارق أمواتنا كسارق أحيائنا"(151)؛ لأنّ القبر حرز للكفن، وإن كان الكفن زائداً على السنّة أو دفن في تابوت فسرق التّابوت لم يقطع؛ لأنّ ما زاد على المشروع في الكفن لم يجعل القبر حرزاً له وكذلك التّابوت))(152).

- وقال أبو حنيفة ومحمّد: ((لا قطع على النّبّاش مطلقاً؛ لعدم اعتبار النّبّاش سارقاً؛ لأنّه يأخذ ما لا مالك له وليس مرغوباً فيه، واشتراط الخفية الحرز لا يجعل ذلك النّوع من الأخذ سرقةً))(153).

أدلة ذلك القول:

قوله - ﷺ - : "لا قطع على المختفي"(154)، وهو النّبّاش بلغة أهل المدينة، ولأنّ الشّبهة تمكّنت في الملك وهي دارئة للحد؛ لأنّه لا ملك للميّت حقيقة، لأنه ليس أهلا للملك، ولا للوارث؛ لتقدّم حاجة الميّت؛ لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت، وعلى هذا إذا صح أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع في سرقته، فتمكّنت الشّبهة المسقطة للقطع)) (155).

ووافقهما الشّافعيّة إذا كان الميّت مدفوناً في بريّة لعدم الحرز)) (156).

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "ليس على النباش قطع"(157)، وما روي عن الزهري قال: "أخذ نباش في زمن معاوية، وكان مروان على المدينة، فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء؟ فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به"(158).

ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد، وذلك أن الحد قد شرع للانزجار، والحاجة إليه فيما يكثر وجوده، فأما ما يندر وجوده فلا يشرع فيه؛ لوقوعه في غير محل الحاجة؛ لأن الانزجار حاصل طبعاً. وهذا مما يندر وجوده فلا يشرع فيه الحد(159).

وفي هذا تخصيص للنص العام الذي قرره اختلافهم في القبر: هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش؟ أم ليس بحرز، والخلاف في هذا كله آيل إلى العرف.

● **الخاتمة**:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام: على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين سيدنا محمد الأمين وبعد، فهذه خاتمة البحث التي تضمنت أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:ــ

أولاً- النتائج:

1- إن أي دارس للتشريع الإسلامي دراسة فاحصة، يدرك أنه تشريع حي، قابل للحركة والنماء والتطور، ويدرك أن تطوره نابع من طبيعة الحياة؛ لأنه يتعلق بأفعال المكلفين، وهي تتغير من حال إلى حال، وتنمو وتتسع على مر الأزمان بما يأتي به من وقائع ونوازل وأحداث.

2- إن العرف كان _وما يزال_ وسيظل باباً واسعاً لنمو التشريع وتطوره؛ لأنه يتفق مع ملابسات الناس، ومقتضيات الزمان، وملاحقة التطور البشرى، يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم، ويرشدهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم...

3- اتضح بطلان ما زعمه بعضهم من أن العرف أخذ به المذهب الحنفي أو المالكي وحده، مثبتاً بالدليل أن العرف مشترك بين جميع المذاهب الإسلامية.

4- إذا كان هناك خلافاً بين المذاهب فليس في أصل اعتبار العرف، وإنما في مدى التوسع في الأخذ به، أو التضييق فيه، ودللت على أن العرف ظل معتبراً في نظر الشارع من لدن رسول الله ﷺ ، وعصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصر،ولا يزال إلى الآن يعتبر مناراً للباحثين في استخراج الأحكام واستنباطها من الأصول....

5- قدمت في المبحث الأخير مطالب تطبيقية عن تخصيص العرف في الأحكام الشرعية تدلل على مدى تأثير العرف في أحكام العبادات و المعاملات و الجنايات وما ذكر من نماذج إنما هو على سبيل المثال لا الحصر تفي بالمقصود إن شاء الله تعالى.

ثانياً- التوصيات:

ويمكن بعد ذلك أن أختم ببعض التوصيات:

1- ضرورة اهتمام الباحثين بالتأصيل والتقعيد في القضايا الفقهية؛ للحاجة إلى ذلك في هذا العصرعلى وجه الخصوص، فبذلك تنضبط أحكام كثير من الجزئيات.

2- يعتبر تغير الفتاوى واختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية من الأمور البارزة في مجال التفريع الفقهي، ولا شك أن التأصيل والتقعيد لهذا الموضوع يحتاج إلى المزيد، وإن وجدت فيه بعض الرسائل العلمية والكتابات القليلة التي تناولت بعض جوانبه.

هوامش البحث:

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (خصص) (26/7)؛ نشر البنود: لابن عابدين (232/1).

(2) انظر: المحصول: للرازي (7/3/1)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (100/1)، البحر المحيط: للزركشي (241/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (267/3)؛ اللمع: للشيرازي (ص100)، شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (2/2)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (281/2)، المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (250/1)؛ قواطع الأدلة في الأصول: لأبي مظفر: للسمعاني (ص283)؛ وعرّف إمام الحرمين التخصيص في البرهان (401/1)، بقوله: (تبيين المراد باللفظ الموضوع ظاهره للعموم).

(3) المعاهدين بفتح الهاء وبكسرها أيضاً وهم أصحاب العهد الذين يعقدون العهد مع المسلمين ويؤدون الجزية للمسلمين، وهم في الغالب من أهل الكتاب. انظر: شرح العبادي: لأحمد العبادي (ص107).

(4) سورة التوبة: الآية (5).

(5) مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (129/2).

(6) انظر نشر البنود: لابن عابدين (232/1).

(7) انظر: كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (306/1)؛ والمنار: لابن ملك (296/1)، والتقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (242/1).

(8) انظر: المستصفى: للإمام الغزالي (ص246).

(9) انظر: كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (291/1-192).

(10) سورة البقرة: من الآية (228).

(11) سورة الأحزاب: من الآية (49).

(12) سورة الطلاق: من الآية (4).

---

(13) لا يكون عند الحنفية إلا مقارناً. البحر المحيط: للزركشي (338/4)، المعتمد: للبصري (234/1)، إرشاد الفحول: للشوكاني (ص126).

(14) كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (291/1 وما بعدها).

(15) سواء أكانت مستقلة أو متصلة بحكم طبيعتها اللغوية، وسواء أكانت مقترنة بالعام أم متراخية عنه، ولا في قوة الدلالة.

(16) تنبيه: أن إمام الحرمين والقاضي من الجمهور يوافقان الحنفية ذلك - راجع شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (147/2)، شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (ص78)، البرهان: للجويني (400/1)؛ كما يوافقهم الشاطبي في الموافقات (182/2).

(17) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (257/1).

(18) انظر: المناهج الأصولية د. فتحي الدريني (ص438).

(19) انظر: مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (121/2، 147).

(20) راجع في هذا المعنى: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (302/1).

(21) انظر: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (302/1) مطبوع مع المستصفى.

(22) انظر: التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (42/1).

(23) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عمم)، (426/12)؛ الصحاح: للجواهري، مادة (عمم)، (1992/5)، القاموس المحيط: لأبي الحسين بن زكريا، مادة (عمم)، (156/4)، مقاييس اللغة: لابن فارس، مادة (عم)، (15/4).

(24) العقد المنظوم في الخاص والعموم: للقَرَافِي (ص25)، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

(25) المعتمد: لأبي الحسين البصري (189/1)؛ التمهيد: للإسنوي (5/2).

(26) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص112)؛ بيان المختصر: لشمس الدين الأصفهاني (104/2).

(27) التلخيص في أصول الفقه: لإمام الحرمين الجويني (5/2).

(28) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص112).

(29) مختصر ابن الحاجب، انظر: بيان المختصر: لشمس الدين الأصفهاني (104/2)، التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (180/1).

---

(30) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (100/2)،إرشاد الفحول: للشوكاني (ص113).

(31) التحرير بشرحه التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (181/1)، إرشاد الفحول: للشوكاني (ص113).

(32) التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (181/1).

(33) انظر: المحصول: للرازي (309/2)؛ ومذكرة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي في أصول الفقه (ص203)، وانظر: تعار يف العام والعموم المختلفة والاعتراضات التي أوردت عليها: أصول البزدوي مع كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (32/1)؛ والمنار مع كشف الأسرار: للنسفي (159/1)، والتحرير: للكمال ابن الهمام (مع التيسير) (190/1)؛ والمنهاج في ترتيب الحجاج؛ للباجي (ص12)؛ والعدة: لأبي يعلي الفراء (140/1)، والبحر المحيط: للزركشي (5/3)؛ وشرح الكوكب المنير: لابن النجار (101/3)؛ المستصفى: للإمام الغزالي (32/2)، والوصول: لابن برهان (202/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (413/2)؛ وجمع الجوامع: لابن السبكي (399/1)، المعتمد: لأبي الحسين البصري (189/1)؛ والمعونة في الجدل: للشيرازي (ص129).

(34) انظر: شرح التعريف: نشر البنود: للشنقيطي (206/1)؛ نهاية السول شرح منهاج الأصول: للإسنوي (57/2-58)؛ التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (206/10)، شرح العبادي؛ لأحمد العبادي (ص99).

(35) رواه مسلم عن أبي هريرة: صحيح مسلم، كتاب/ البر والصلة والآداب، باب/ تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، (1986/4)، (ح2564).

(36) مختار الصحاح: للرازي، مادة (ع ر ف) (179/1)؛ لسان العرب: لابن منظور، مادة (عرف) (240/9، 241).

(37) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، مادة (ع ر ف) (281/4)؛ المفردات: للراغب، مادة (ع ر ف) (560).

(38) سورة المرسلات: الآية (1).

(39) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس (281/4).

(40) سورة الأعراف: من الآية (46).

---

(41) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عرف) (144/1)؛ وأساس البلاغة: للزمخشري (ص298)، حاشية الرهاوي على شرح المنار: لابن ملك (423/1)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص85).

(42) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عرف) (144/1)، الموسوعة الفقهية الكويتية (220/29)، من أعمال وزارة الأوقاف الكويتية.

(43) التعريفات: للجرجاني (193/1)؛ حاشية الرهاوي على شرح المنار: لابن ملك (423/1)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص85)؛ العرف والعادة: للشيخ أبو سنة (ص8)، نقله عن المستصفى للنسفي.

(44) نسب هذا التعريف للشيخ محمد الطاهر بن عاشور في حاشيته على تنقيح الفصول للقرافي، المسماة: حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح (248/1).

(45) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (840/2)، التعريف والشرح.

(46) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: السيد صالح عوض (ص53).

(47) المعتمد في أصول الفقه؛ لأبي حسين البصري (279/1)، الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (487/2)؛ المستصفى: للغزالي (112/2)؛ انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (888/2).

(48) انظر: (ص102) من هذا البحث (العرف القولي عند تعارض اللغة مع العرف).

(49) الشرح الصغير: للدردير (228/2)، العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص54).

(50) انظر المستصفى: للإمام الغزالي (111/2)، أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. السيد صالح عوض (ص364).

(51) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى: للأنصاري (345/1).

(52) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (152/2).

(53) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى: للأنصاري (345/1).

(54) المرجع السابق.

(55) المرجع السابق.

(56) شرح القواعد الفقهية: للشيخ أحمد محمد الزرقا (ص315، 316).

---

(57) السلم: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلا، وللمشتري فبي الثمن آجلا. فالمبيع يسمى مسلما فيه، والثمن يسمى رأس المال، والبائع يسمى مسلما إليه، والمشترى يسمى رب السلم. التعريفات: للجرجاني (160/1).

(58) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص143).

(59) سورة البقرة: من الآية (233).

(60) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي (161/3)؛ وأحكام القرآن: لابن العربي (204/1)، انظر: الضياء اللامع: لأبي العباس حلولو على هامش نشر البنود (49/2).

(61) تيسير أصول الفقه: للشيخ منصور محمد الشيخ (ص112).

(62) سنن الترمذي: كتاب/ البيوع، باب/ ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (535/3)، (ح1232)، قال أبو عيسى: حديث حكيم ابن حزام حديث حسن قد روي عنه من غير وجه. ورواه ابن حبان وصححه في ذكر الخبر الدال على أن كل شيء بيع سوى الطعام. صحيح ابن حبان (358/11)، (ح4983).

(63) الاستصناع: هو عقدٌ على مبيعٍ في الذِّمّة شرط فيه العمل. انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (2/5).

(64) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (893/2-898).

(65) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص102).

(66) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (892/2).

(67) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (892/2)، العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص91).

(68) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (486/2).

(69) الفروق: لشهاب الدين القرافي (173/1).

(70) المنهج الفائق والمنهل الرائق والمغني اللائق باداب المواثق واحكام الوثائق: للونشريسي المالكي (ص6).

(71) المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص123).

(72) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (152/2)، مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1).

(73) مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1)، انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد أبو سنه (ص92).

(74) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (278/1).

(75) مسلم الثبوت بهامش المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين الدسوقي (140/2).

(76) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (116/2).

(77) أصول الفقه: للأستاذ محمد مصطفى شلبي (ص186).

(78) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص93، 94).

(79) العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص93، 94).

(80) انظر: تكميل التقييد: لأبي عبد الله محمد المكناسي مخطوط رقم (584)، غير مرقم الصفحات.

(81) المجموع: للنووي (326/11، 327).

(82) الأشباه والنظائر: لجلال الدين السيوطي (ص101، 102).

(83) المرجع السابق، (ص102).

(84) أصول الفقه: للأستاذ محمد مصطفى شلبي (ص186)؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د. فتحي الدريني (ص461).

(85) المغني: لابن قدامة، كتاب الصلاة (8/2).

(86) سورة النساء: من الآية (103).

(87) سورة الإسراء: الآية (78).

(88) سورة الروم: الآية (17).

(89) سنن الترمذي: كتاب/ الصلاة، باب/ مواقيت الصلاة (113/1)، (ح149)، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(90) قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي (ص89)؛ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (222/1).

(91) كتاب التوقيت والتقويم: للدكتور/ علي حسن موسى (ص95،77، 96).

(92) انظر: بحث تعيين مواقيت الصلاة في أي زمان ومكان على سطح الأرض (1380-1403): د. حسين كمال الدين في مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثالث، 1397هـ.

(93) وعلى ذلك أكثر الفقهاء. انظر: الفروق: للقرافي (2/178-179)، العلم المنشور في إثبات الشهور: لتقي الدين السبكي (ص7).

(94) انظر فتاوى ورسائل الشيخ محمد إبراهيم (2/130-132)، لقاء الباب المفتوح مع الشيخ محمد بن صالح العثيمين، إعداد: د. عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار (7/39-41)، (24/16).

(95) لسان العرب: لابن منظور، مادة (صنع)، (308/8)؛ ومختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، باب/ الصاد، مادة (ص ن ع) (123/1).

(96) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (2/5).

(97) كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (5/4)؛ المبسوط: للسرخسي (138/12)؛ فتح القدير: لابن الهمام (354/5).

(98) أخرجه الترمذي عن حكيم بن حزام من ثلاث طرق، سنن الترمذي: كتاب/ أبواب البيوع، باب/ ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده. انظر: جامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي (4/360-363)، برقم (1250، 1251، 1252، 1253)، وقال بعد ذكره الطريق الثاني لرواية حكيم بن حزام: هذا حديث حسن صحيح. رواه الخمسة.

(99) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (116/2)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص64)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (2/896، 897)، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص371).

(100) صحيح البخاري: كتاب/ اللباس، باب/ الخاتم في الخنصر (2205/5)، (ح5536)؛ انظر: اصطناع الرسول للخاتم في الأيمان والنذور: فتح الباري (454/11)؛ وقال صاحب الاعتبار (ص187): هذا الحديث صحيح ثابت، وله في الصحاح طرق عدة.

(101) ذكر بعض العلماء أن التعامل بالاستصناع قد جرى فيما بين الناس من لدن عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا.

انظر: المبسوط: لشمس الدين السرخسي (138/12)؛ تتبين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعي (123/4).

وإذا كان كذلك فإنه سيكون من قبيل الاستحسان المستند على دليل من السنة يتضمن العرف؛ لأن ذلك يعتبر من قبيل السنة التقريرية وأيا كان فإن المقصود بثبوت الحكم سواء أثبت بالسنة، أم بالإجماع. انظر: رفع الحرج: د. يعقوب الباحسين (ص312).

---

(102) انظر: المبسوط: للسرخسي (139/12).

(103) المبسوط: لشمس الدين السرخسي (138/12)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (2/5)، فتح القدير: لابن الهمام (354/5).

(104) تحفة الفقهاء: للسمرقندي (5389/2).

(105) الهداية وشروحها: للمرغيناني (354/5-3550).

(106) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (3/5)، فتح القدير: لابن الهمام (355/5)، العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص133).

(107) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (3/5)؛ المبسوط: للسرخسي (139/12)، رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (223/4).

(108) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي (217/3).

(109) كتاب الأم: للشافعي (85/2)؛ انظر: مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (102/2-109)، الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص89)؛ العادة والعرف: للشيخ أحمد أبو سنة (ص131، وما بعدها).

(110) كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور البهوتي (132/3)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين المرداوي (300/4)؛ الفروع وتصحيح الفروع: لمحمد بن مفلح المقدسي (458/2).

(111) المغني: لابن قدامة (207/4، 209، 219).

(112) المدونة الكبرى: للإمام مالك (18/9)؛ الشرح الصغير: للدردير (287/3)، روضة الطالبين للنووي (26/4)؛ المهذب: للشيرازي (297/1)؛ كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور البهوتي (132/3)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين المرداوي (300/4)، العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص131).

(113) كتاب الإمام أبو حنيفة: لمحمد أبو زهرة (ص309).

(114) المبسوط: للسرخسي (139/12)؛ بدائع الصنائع: للكاساني (3/5)، فتح القدير: لابن الهمام (356/5)؛ رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (223/4).

(115) فتح القدير: لابن الهمام (355/5، 356)؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة (392)، واللجنة ترجح رأي أبي يوسف الذي أخذت به المجلة، وترى لزوم عقد الاستصناع، لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضمار إلا إذا جاء على خلاف الوصف المتفق عليه.

(116) تقدم تخريج الحديث (ص169).

(117) القواعد الفقهية: د. عبد العزيز عزام (ص168).

(118) لسان العرب: لابن منظور، مادة (حرز) (333/5).

(119) فتح القدير: لابن الهمام (142/5)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (440/2)، الشرح الصغير: للدردير (477/4)؛ المغني: لابن قدامة (249/8)؛ القوانين الفقهية: لابن جزي (ص352)، روضة الطالبين: للنووي (121/10).

(120) لسان العرب: لابن منظور، مادة (سرق) (156/10)؛ مختار الصحاح: لأبي بكر الرازي، باب/السين، مادة (س ر ق) (125/1).

(121) زاد المالكية: أخذ مكلف طفلاً حراً لا يعقل لصغره. انظر: الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي (102/4)؛ فتح القدير: لابن الهمام (219/4)، انظر: لابن نجيم تعريفاً مفصلاً في البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (55/5)؛ وبداية المجتهد: لابن رشد (372/2)؛ المهذب: للشيرازي (277/2)، وقريب منه: نهاية المحتاج: لشمس الدين الرملي (439/7)؛ والإقناع: للحجاوي (274/4)، كشاف القناع: للبهوتي (129/6)، الفتاوى الهندية: لمجموعة من علماء الهند (170/2).

(122) فتح القدير: لابن الهمام (238/4).

(123) كتاب الأم: الشافعي (135/6).

(124) المستصفى: للغزالي (196/2).

(125) المغني: لابن قدامة (111/9).

(126) الموطأ: للإمام مالك باب ما يجب فيه القطع (831/2)، (ح1518)، من حديث عبدا لله المكي مرسلاً. قال ابن عبد البر: "لم يختلف رواة الموطأ في إرساله ويتصل معناه من حديث عبد الله بن عمر وغيره)).

(127) المغني: لابن قدامة، كتاب الحدود (112/9).

(128) حاشية ابن عابدين (194/3)؛ المبسوط: للسرخسي (147/9)، فتح القدير: لابن الهمام (144/5)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (73/7)، الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي (104/4)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (485/2)؛ روضة الطالبين: للنووي (121/10)، المغني: لابن قدامة (249/8).

(129) فتح القدير: لابن الهمام (241/4).

---

(130) المقصورة: الدار المحصنة التي هي أصغر من الدار الواسعة التي تضمها، وجمعها مقاصر ومقاصير، انظر: لسان العرب: لابن منظور، مادة (قصر) (100/5).

(131) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (243/4).

(132) الموطأ: للإمام مالك (837/2).

(133) الأم: للشافعي (136/6، 139).

(134) المغني: لابن قدامة (117/9).

(135) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (75/7)، وفتح القدير: لابن الهمام (239/4)، الفتاوى الهندية: لمجموعة من علماء الهند (181/2)؛ المدونة الكبرى: للإمام مالك (76/16)؛ شرح الزرقاني (100/8)، بداية المجتهد: لابن رشد (377/2)؛ مغني المحتاج: للنووي (162/4)، نهاية المحتاج: لشمس الدين الرملي (424/7)؛ مختصر المزني بهامش الأم (172/5)؛ المهذب: للشيرازي (281/2)، المغني: لابن قدامة (287/10).

(136) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (239/4).

(137) فتح القدير: لابن الهمام: (141/4).

(138) فتح القدير: لابن الهمام (241/4)، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (162/4)، المغني: لابن قدامة (117/9).

(139) الموطأ: للإمام مالك (837/2-838).

(140) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (162/4).

(141) الأم: للإمام الشافعي (139/6).

(142) لسان العرب: لابن منظور، مادة (نبش) (350/6)؛ مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، باب/ النون (268/1).

(143) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (60/5).

(144) المبسوط: للسرخسي (156/9-160)؛ فتح القدير: لابن الهمام (374/5)، بداية المجتهد: لابن رشد (338/3)؛ حاشية الدسوقي (340/4)؛ تكملة المجموع شرح المهذب: لتقي الدين السبكي (321/18)، وكشاف القناع: للبهوتي (138/6).

(145) الموطأ: للإمام مالك (838/2).

(146) كتاب الأم: للإمام الشافعي (137/6)، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (169/4).

(147) المغني: لابن قدامة (131/9).

(148) الهداية شرح البداية: للمرغيناني (234/4).

(149) سورة المائدة: من الآية (38).

(150) رواه البيهقي عن البراء بن عازب في كتاب/ المعرفة، السنن الكبرى: للبيهقي (270/8)، وفيه من يجهل حاله كبشر بن حازم. انظر: نصب الراية: للزيلعي (367/3)، وقال ابن حجر: "وفي الإسناد بعض من يجهل" كذا في التلخيص الحبير (19/4))).

(151) أخرجه الدارقطني من حديث عمرة عن عائشة رضي الله عنها، سنن الدارقطني (188/3)، وفيه من يجهل حاله كبشر بن حازم. انظر: نصب الراية: للزيلعي (367/3)، والدراية في أحاديث الهداية (110/2).

(152) الهداية شرح البداية: للمرغيناني وشروحها (234/4).

(153) شرح البداية: للمرغناني وشروحها (234/4-235).

(154) مصنف عبد الرواق، باب/ المختفي وهو النباش (213/10)، انظر: نصب الراية: للزيلعي (367/2)؛ وقال حديث غريب. والمختفي هو النباش في لغة أهل المدينة؛ انظر: الهداية شرح البداية: للمرغيناني (234/4).

(155) الهداية شرح البداية: للمرغيناني وشروحها (234/4-235).

(156) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (169/4).

(157) مصنف ابن أبي شيبة: باب/ ما جاء في النباش يؤخذ ما حده (523/5)، (ح28623)؛ انظر: نصب الراية: للزيلعي (367/2)، وقال: حديث غريب.

(158) الفتح القدير: لابن الهمام (234/4)، وقال ابن الهمام بعد ذكره تلك الآثار: ((وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار)) .

(159) الهداية شرح البداية للمرغيناني وشروحها (234/4-2350).